



**UNIVERSIDADE TIRADENTES – UNIT
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO – ARTIGO CIENTÍFICO**

**A NECESSIDADE DA CORRETA APLICAÇÃO AOS CASOS DE DISPENSA E
INEXIGIBILIDADE NO PROCESSO LICITATÓRIO**

ROBERTA MELO SANTANA

**ORIENTADOR:
Prof^a KARINA FERREIRA SOARES DE
ALBUQUERQUE**

**Aracaju
2015**

ROBERTA MELO SANTANA

**A NECESSIDADE DA CORRETA APLICAÇÃO AOS CASOS DE DISPENSA E
INEXIGIBILIDADE NO PROCESSO LICITATÓRIO**

Trabalho de Conclusão de Curso – Artigo
– apresentado ao Curso de Direito da
Universidade Tiradentes – UNIT, como
requisito parcial para obtenção do grau de
bacharel em Direito.

Aprovado em ____/____/____.

Banca Examinadora

**Professora Karina Ferreira Soares de Albuquerque
Orientadora
Universidade Tiradentes**

**Professor Examinador
Universidade Tiradentes**

**Professor Examinador
Universidade Tiradentes**

A NECESSIDADE DA CORRETA APLICAÇÃO AOS CASOS DE DISPENSA E INEXIBILIDADE NO PROCESSO LICITATÓRIO

Roberta Melo Santana¹

RESUMO

O presente estudo versa sobre o processo licitatório e as polêmicas acerca das hipóteses de sua dispensa e inexigibilidade, conforme estabelece a Lei de Licitações as hipóteses em que é possível contratar sem licitação. A análise teórica parte da premissa de que, embora a licitação seja uma prática da gestão pública, há hipóteses em que a sua não-realização é mais favorável aos interesses da Administração Pública. Assim, a obrigatoriedade de licitação é a regra, porém, existem alguns casos em que caberá a dispensa ou a inexigibilidade de licitação, tornando-a dispensada, dispensável e inexigível. O estudo revelou que para que ocorra a contratação sem licitação é indispensável que se justifique detalhadamente os objetivos, etapas, prazos de execução, resultados esperados do investimento e os motivos de escolha pela empresa executora, sem, contudo, perder de vista os princípios que regem a gestão pública, visando o bem da coletividade, de tal forma que todo ato administrativo que não for praticado no interesse da coletividade deve considerado imoral.

Palavras-Chave: Administração Pública. Dispensa e inexigibilidade. Licitação

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso apresenta uma análise sobre o processo licitatório e as polêmicas acerca das hipóteses de sua dispensa e inexigibilidade, analisando a licitação com suas modalidades, procedimentos, princípios e as características fundamentais dos contratos administrativos.

O tema em pauta vem sendo estudado com maior interesse na literatura jurídica brasileira em virtude da polêmica que ele suscita entre os doutrinadores, principalmente, por causa do aumento dos casos de corrupção nos contratos administrativos.

A doutrina conceitua a licitação como sendo um procedimento administrativo, cuja finalidade é selecionar a melhor proposta, com base em critérios previamente

¹ Graduanda do Curso de Direito da Universidade Tiradentes, Aracaju/SE. E-mail: robertamsantana@gmail.com

definidos no instrumento convocatório que possibilitarão a celebração de um contrato com o proponente que oferecer as melhores e mais lucrativas condições, uma vez que sua finalidade é o interesse administrativo.

Por meio do procedimento licitatório é proporcionada a todos, a oportunidade de contratar com o setor público, vez que “todos são iguais perante a lei”. Sendo assim, a licitação tem como escopo, o princípio constitucional da isonomia, evitando-se, desse modo, escolhas que priorizem outros critérios, que não os legalmente previstos.

Assim, as licitações são procedimentos administrativos pelos quais a Administração Pública, direta ou indiretamente, convida empresas a participar de um procedimento seletivo, a fim de escolher a melhor proposta de serviços ou bens. Logo, a licitação é obrigatória, exceto os bens de uso comuns por serem bens de utilização de todos em igualdade de condições. Além disso, há hipóteses em que não licitar é mais favorável aos interesses da Administração Pública, conforme estabelece o artigo 24, da Lei de Licitações, o qual enfatiza as hipóteses em que é possível contratar sem licitação, como também é ressaltado o dever da Administração Pública justificar os motivos que a levaram a optar pela dispensa de licitação. Assim, existem casos em que se pode ou deve deixar de realizar licitação, tornando-a dispensada, dispensável e inexigível.

A exigência da licitação nas contratações de serviços e aquisições de bens realizados pela Administração Pública tem o seu nascedouro na Constituição Federal de 1988, e na Lei nº 8.666/93, que determinam a previsão legal da exceção de não licitar, abrangendo a licitação dispensada e a inexigibilidade de licitação.

Este estudo tem como objetivo: estudar as hipóteses em que a Administração Pública pode contratar de forma direta com particular sem utilizar o procedimento licitatório. O procedimento metodológico utilizado caracterizou-se como uma pesquisa bibliográfica, a partir das leituras realizadas, recorrendo-se ao uso de materiais como livros, revistas, legislações, artigos e periódicos e os bancos de dados indexados em bases eletrônicas. O método utilizado foi o dedutivo, partindo de uma formulação geral, no caso em estudo: a licitação, para chegar a um ponto particular: as hipóteses de sua dispensa e inexigibilidade no processo licitatório.

Assim, para a elaboração deste estudo, utilizou-se como recursos e ferramentas metodológicas, além dos dados colhidos na pesquisa bibliográfica: a

Constituição Federal de 1988, a doutrina sobre Direito Administrativo e a Lei nº 8.666/93 – Regime Geral de Licitações e Contratos da Administração Pública, como também, documentos bibliográficos, artigos científicos e meios eletrônicos que enfocam o ângulo do presente trabalho.

A análise da temática, dada à pretensão de adquirir extensos conhecimentos das especificidades previstas na contidas na Lei 8.666/93 sobre os casos de dispensa e inexigibilidade de licitação, justifica-se tal interesse, pois a Lei de Licitações e Contratos estabelece diversos quesitos que, se analisados prudencialmente, no remete à contratação direta. Logo, sua importância para aqueles que atuam nessa área de contratos e licitação na Administração Pública.

2 PROCESSO LICITATÓRIO

A Administração Pública possui normas específicas para contratos com particulares, ou seja, necessita de um procedimento administrativo chamado de licitação. Meirelles (2013, p.275) ao trazer o conceito de licitação diz que esta é o “procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse”.

É através deste procedimento preliminar que a Administração pode contratar a execução de obras e serviços, adquirir ou alienar bens para a consecução de suas finalidades.

É o procedimento administrativo pelo qual uma pessoa governamental, pretendendo alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras e serviços, outorgar concessões, permissões de obra serviço ou de uso exclusivo de bem público, segundo condições por ela estipuladas previamente, convoca interessados na apresentação de propostas, a fim de selecionar a que se revele mais conveniente em função de parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados (MELLO, 2013, p. 534).

Por tratar-se de matéria extensa, com inúmeras peculiaridades, são tratados aqui os pontos principais, dentro os quais se destacam conceitos, a obrigatoriedade, os objetivos, as modalidades de licitação, bem como as especificidades dos contratos, de uma forma geral.

A licitação representa uma estratégia de se nomear a melhor proposta para atender a um interesse público e garantir a todos os interessados a possibilidade de contratar com o Poder Público. Para Gasparini (2012, p. 286):

A licitação é o procedimento administrativo vinculado, através do qual a pessoa ou ente a isso juridicamente obrigado seleciona, em razão de critérios previamente estabelecidos, de interessados que tenham atendido à sua convocação, a proposta mais vantajosa para o contrato ou ato de seu interesse.

Sendo assim, o objetivo principal da licitação é assegurar a publicidade, igualdade e a objetividade de julgamento, isso quer dizer que, a licitação representa uma estratégia a serviço dos princípios da administração pública, tais como: moralidade, igualdade de todos perante a lei e, em consequência, diante das vantagens e ônus administrativos.

2.1 MODALIDADES DE LICITAÇÃO

A licitação é um procedimento administrativo, cuja finalidade é selecionar a melhor proposta, com base em critérios previamente definidos no instrumento convocatório que possibilitarão a celebração de um contrato com o proponente que oferecer as melhores e mais vantajosas condições. Por meio do procedimento licitatório é proporcionada a todos, a oportunidade de contratar com o setor público, vez que “todos são iguais perante a lei”, nesse caso à Administração Pública.

A Lei n.º 8.666/1993 estabelece normas gerais, as quais, de acordo com o art. 1º desta Lei, estão subordinados, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios (Art. 1º, Parágrafo único).

De acordo com Meireles (2013), além de atender à legalidade, o ato do administrador público deve conformar-se com a moralidade e a finalidade administrativa para dar plena legitimidade à sua atuação. Administração legítima só é aquela que se reveste de legalidade e probidade administrativas, no sentido de que, tanto atende às exigências da lei, como se conforma com os preceitos da instituição pública.

A Constituição Federal, em art. 37, XXI prevê a licitação:

XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica, indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

A legislação infraconstitucional traz a Lei nº 8.666/93, com as alterações produzidas pelas Leis nº 8.883/94 e 9.648/98, de igual modo a Lei nº 8.987/95 que versa sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos e a Lei nº 9.074/95, que estabeleceu normas para concessão, permissões de serviços públicos.

No tocante às modalidades do processo licitatório, o art. 22 da Lei de Licitações, em seus incisos I, II, III, IV e V, estabelecem os conceitos nos parágrafos 1º, 2º, 3º, 4º e 5º sobre a concorrência, tomada de preços, convite, concurso, leilão e pregão, sendo a regra básica do processo licitatório que todo e qualquer contrato administrativo deverá ser precedido de licitação, cumprindo ao Poder Público o acompanhamento das atividades contratadas.

A concorrência é a modalidade de licitação “entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto” (art. 22, §1º, Lei 8.666/93).

Juntamente com a tomada de preços e o convite, esta é uma modalidade de licitação que será determinada em função do valor estimado da contratação. De acordo com o art. 23 da Lei 8.666/93, para obras e serviços de engenharia que possuam valor acima de um milhão e quinhentos mil reais, bem como para compras e serviços outros com valor acima de seiscentos e cinquenta mil reais será utilizada a modalidade da concorrência.

Esta modalidade pode ser nacional ou internacional. No primeiro caso ocorrerá quando participarem empresas nacionais no território do país, já a internacional é aquela em que podem participar empresas estrangeiras (CARVALHO FILHO, 2013).

Quanto à tomada de preços é a modalidade de licitação “entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para

cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação” (art. 22, § 2º, Lei 8.666/93).

Designar-se a contratações de vulto médio, motivo pelo qual, é menos formal que a concorrência. Será utilizada esta modalidade para obras e serviços de engenharia que possuam valor até um milhão e quinhentos mil reais, bem como para compras e serviços outros, que não de engenharia, com valor até seiscentos e cinquenta mil reais (CARVALHO FILHO, 2013).

Observe-se que esta é a única modalidade de licitação onde não há a exigência da publicação de edital, tendo em vista a convocação ser feita por escrito no prazo de cinco dias, conforme entendimento extraído do art. 21 da Lei 8.666/93.

No tocante ao convite é a modalidade de licitação:

[...] entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de três pela unidade administrativa, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até vinte e quatro horas de apresentação das propostas (art. 22, § 3º, Lei 8.666/93).

É a modalidade de licitação “mais simples, destinada às contratações de pequeno valor. O prazo para que os interessados apresentem suas propostas é de cinco dias úteis”, de acordo com o art. 21, § 2º, IV, da Lei 8.666/93. O convite pode ser utilizado para a contratação de obras e serviços de engenharia com valor até cento e cinquenta mil reais, e para compras serviços outros com valor até oitenta mil reais. É o que se extrai do art. 23, da Lei 8.666/93.

O concurso é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados “para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias” (art. 22, § 4º, Lei 8.666/93).

De acordo com o art. 51, § 5º, da referida Lei, o julgamento do concurso será “feito por uma comissão especial integrada por pessoas de reputação ilibada e reconhecido conhecimento da matéria em exame, sejam servidores públicos ou não”.

Por sua vez, o leilão é a modalidade de licitação entre:

Quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a Administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis, prevista no art. 19, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação (art. 22, § 5º, Lei 8.666).

E, finalmente, o pregão, modalidade de licitação prevista na Lei 10.520/02, a qual, como anteriormente fora dito, despreza a previsão do § 8º, do art. 22, da Lei 8.666/93, instituindo o pregão como mais uma das modalidades licitatórias.

No que se refere a um conceito do que seria o pregão, este é a modalidade de licitação que se destina “à aquisição de bens e serviços comuns, qualquer que seja o valor estimado da contratação, em que a disputa pelo fornecimento é feita por meio de propostas e lances em sessão pública” (DI PIETRO, 2013, p. 512).

Em interpretação ao art. 1º, da Lei 10.520/02, Carvalho Filho (2013), afirma que o pregão não é modalidade de uso obrigatório pelos órgãos públicos, tratando-se, pois, de atuação discricionária, na qual a Administração terá a faculdade de adotá-lo ou optar por alguma das modalidades previstas na Lei 8.666/93. Vale destacar que nesta modalidade, a Lei 8.666/93 será utilizada de forma subsidiária, de acordo com o art. 9º da Lei 10.520/02.

Observa-se que a licitação possui algumas modalidades que devem ser seguidas para que venha a ter validade legal. Primeiramente, esta possui procedimentos formais a serem observados, e estes devem estar fundamentados nos princípios norteadores do processo licitatório.

2.2 PRINCÍPIOS NORTEADORES DA LICITAÇÃO

O objetivo principal da licitação é assegurar a publicidade, igualdade e a objetividade de julgamento, isso quer dizer que, a licitação representa uma estratégia a serviço dos princípios da administração pública, tais como: moralidade, igualdade de todos perante a lei e, em consequência, diante das vantagens e ônus administrativos.

Por sua vez, a Administração Pública é regida por princípios e regras que lhe são próprios, dentre os quais, o artigo 37, *caput*, da Constituição Federal elenca a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência, sendo estes princípios expressos.

Meirelles (2013, p. 83-96) apresenta de modo sistemático os princípios básicos e necessários para a Administração Pública:

- a) Legalidade: direciona que toda atividade administrativa deverá estar em consonância com mandamentos legais, afastando a liberdade e pessoalidade do administrador. O poder-dever apresenta-se como a mola mestra de toda atividade administrativa pública em nome do bem comum como o maior e único objetivo de toda ação administrativa.
- b) Impessoalidade: também chamado de princípio da finalidade, prescreve para o Administrador Público que o mesmo só pratique o ato para o seu fim legal; ou seja, aquela que a norma de direito indique expressamente ou virtualmente como objetivo do ato, de maneira impessoal.
- c) Moralidade: por constituir pressuposto de validade de todo ato da administração pública, o princípio da moralidade deverá estar eivado de razoabilidade e justiça; com isso, todo e qualquer ato administrativo, além de obedecer ao Direito, deve sobremaneira estar imbuído de ética e moral desaguando no bem comum. A lei 9.784/99 consagra esse princípio afirmando que os atos administrativos devem estar presente “segundo padrões éticos de probidade e boa-fé”.
- d) Publicidade: abrange não só a divulgação dos atos e contratos administrativos como também torna conhecido a conduta interna de seus agentes, propiciando aos interessados o controle da atividade administrativa através dos meios constitucionais.
- e) Eficiência: emenda constitucional nº 19/98, acrescentou de forma expressa o princípio da eficiência, ao qual exigiu à Administração Pública direta e indireta como também aos seus agentes que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional, com exigências positivas para o serviço público e, conseqüentemente um bom atendimento às necessidades da coletividade.

Portanto, os princípios constitucionais da Administração Pública constituem as bases da ação administrativa, isto quer dizer que, são os suportes da atividade pública; a não efetividade dos mesmos desvirtua a gestão, já a sua efetividade traz o cumprimento do cuidado dos interesses da sociedade.

Além dos princípios constitucionais da Administração Pública, existem outros que regem o processo licitatório, dentre os quais a doutrina destaca o princípio do procedimento formal, o princípio da competitividade, princípio do julgamento objetivo, princípio da adjudicação compulsória e o princípio da licitação sustentável.

O primeiro, o princípio do procedimento formal, conceitua Meirelles (2013, p. 291) como sendo o que impõe a vinculação da licitação “às prescrições legais que a regem em todos os seus atos e fases. E ele garante a todos quantos participem de licitação, o direito subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta Lei”, conforme dispõe o art. 4º da Lei 8.666/1993.

Já o princípio da competitividade é correlato ao princípio da igualdade que se baseia no ideário de que devem ser tratadas de forma igual perante a lei, ou seja, todos são iguais perante a lei. Por sua vez, o princípio da competitividade indica que a Administração não pode adotar medidas ou instituir regras que comprometam, reduzam ou fracassem o caráter competitivo da licitação (CARVALHO FILHO, 2013).

Quanto ao princípio do julgamento objetivo, Meirelles (2013) preceitua que este tende a afastar o discricionário na escolha das propostas, obrigando os julgadores a observar ao critério definido pela Administração. A discricionariedade autoriza a Administração Pública escolher a solução mais adequada para satisfazer à finalidade legal. Bandeira de Mello (2013, p.48) conceitua discricionariedade administrativa como sendo “[...] a margem de liberdade que o administrador possui para selecionar, com base em critérios de razoabilidade, o comportamento que seja compatível ao caso concreto”.

Portanto, o princípio do julgamento objetivo evita qualquer tipo de subjetividade no julgamento das ofertas apresentadas e, com isso, afasta-se da discricionariedade da Administração Pública, uma vez que esse princípio tem a finalidade de:

O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle (Lei 8.666, art. 45, caput).

Desse modo, deve ser julgada a documentação apresentada e a proposta de preço, em conformidade com o foi solicitado objetivamente no edital, afastando-se do julgamento subjetivo, tanto na habilitação jurídica, como na proposta de preço.

O princípio da adjudicação compulsória, segundo Meirelles (2013, p. 296) “impede que a Administração, concluído o procedimento licitatório, atribua seu objeto a outrem que não o legítimo vencedor”.

O art. 50, da Lei 8.666/1993 dispõe desse princípio da seguinte forma:

A Administração não poderá celebrar o contrato com preterição de ordem de classificação das propostas ou com terceiros estranhos ao procedimento licitatório, sob pena de nulidade, ou seja, a Administração ao celebrar o contrato previsto no instrumento licitatório ficará obrigada a escolher o vencedor deste procedimento.

Marinela (2012) explica que este princípio, para o vencedor, impede que a administração, depois da confirmação da classificação das propostas, adjudique seu objeto a outrem que não ao legítimo vencedor. Por essa razão, atenta-se que compulsória é a adjudicação, ou seja, a entrega formal do objeto ao vencedor do certame, e não a celebração do contrato administrativo.

O princípio da licitação sustentável diz Di Pietro (2013, p. 383) que ele está ligado ao conceito de que:

[...] é possível, por meio do procedimento licitatório, incentivar a preservação do meio ambiente. Segundo a lei 8.666, em seu art. 12, VII, os projetos básicos e projetos executivos de obras e serviços serão considerados, dentre outros requisitos, o impacto ambiental.

Os princípios analisados devem ser observados em todo processo licitatório a fim de dar maior transparência, e isto quer dizer que, elas são os suportes da licitação; a não efetividade dos mesmos desvirtua todo procedimento licitatório. Já a sua efetividade traz o cumprimento do cuidado dos interesses da coletividade.

Os princípios na Administração Pública são “postulados fundamentais que inspiram todo modo de agir, sendo considerados cânones pré-normativos, norteadores da conduta do Estado” (DEZEN JÚNIOR, 2012, p. 21). Por essa razão, a Administração Pública deve seguir o princípio da legalidade que, de acordo com o referido princípio, caberá à Administração Pública fazer somente o que a lei estabelecer, sob pena de invalidade dos seus atos, o que remete à ideia de que tudo é permitido, desde que esteja em conformidade com a lei (SILVA, 2012).

Portanto, os princípios visam assegurar que a Administração Pública aja sempre em conformidade com a lei, não podendo, de forma alguma, agir arbitrariamente.

3 CASOS DE DISPENSA E INEXIGIBILIDADE NO PROCESSO LICITATÓRIO

O procedimento licitatório e contratual da Administração Pública deve-se tratar da obrigatoriedade, dispensa e inexigibilidade de Administração Pública licitar.

3.1 OBRIGATORIEDADE DA LICITAÇÃO

A doutrina concorda que a regra básica e essencial para contratação na Administração Pública é licitar. A obrigatoriedade da realização de licitações públicas encontra fundamento legal na Constituição Federal, em seu art. 37, inciso XXI, em que se ressalvam os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações que serão contratados mediante processo de licitação pública.

Meirelles (2013, p.272) ao tratar da obrigatoriedade de licitação traz a seguinte compreensão:

A expressão obrigatoriedade de licitação tem duplo sentido, significando não só a compulsoriedade da licitação em geral como, também, a da modalidade prevista em lei para a espécie, pois atenta contra os princípios de moralidade e eficiência da Administração o uso da modalidade mais singela quando se exige a mais complexa, ou o emprego desta, normalmente mais onerosa, quando o objeto do procedimento licitatório não a comporta. Somente a lei pode desobrigar a Administração, quer autorizando a dispensa de licitação, quando exigível, quer permitindo a substituição de uma modalidade por outra (art. 23, §§ 3º e 4º).

Entende-se que o procedimento licitatório é uma exigência constitucional, devendo a Administração Pública seguir os critérios estabelecidos na Carta Constitucional e na Lei n.º 8.666 de 1993, observando os órgãos que são obrigados a licitar.

Di Pietro (2013, p. 307) descreve os órgãos que estão obrigados a licitar:

[...] todos os órgãos da Administração Pública direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 1º, parágrafo único).

A referida Carta Constitucional exige o procedimento licitatório para a realização de concessões e permissões de serviços públicos, conforme estabelece o art. 2º da Lei 8.666/93 “a obrigatoriedade de licitação para as obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública”. Exceto os bens de uso comuns que não podem ser licitados. Esses bens “podem ser utilizados por todos concorrentemente, e sua utilização não prejudique os outros administrados, sendo utilizado de maneira igualitária por todos os administrados concorrentemente, sem danos aos demais” (MELLO, 2013, p. 823). Conforme entendimento de Di Pietro (2013, p. 435) os bens de uso comuns são “aqueles por determinação legal ou por sua própria natureza, podem ser utilizados por

todos em igualdade de condições, sem necessidade de consentimento individualizado por parte da Administração”.

Gasparini (2012, p. 401) acrescenta que estão obrigadas a licitar:

As entidades indicadas em leis especiais. Atente-se que, ainda que integrantes da Administração indireta, as empresas criadas por particulares, concessionárias de serviço público, não estão obrigadas a licitar, exatamente por serem particulares, salvo se envolvidas em negócio específico de interesse da União, do Estado, do Distrito Federal ou do Município e se estes exigirem tal procedimento. Assim será se a União emprestar certo volume de reais para a construção da sede de uma dessas concessionárias e condicionar a contratação da empresa construtora ao prévio procedimento licitatório. Com essa exigência, o custo da obra será menor, como menor será a necessidade do numerário federal a ser transferido. Ademais, prestigia-se o princípio da igualdade, na medida em que o beneficiário dos recursos federais não poderá escolher discricionariamente o seu contratado.

Desse modo, a obrigatoriedade de licitação é a regra que deve ser seguida pela Administração para contratar com particulares, porém, existem alguns casos em que caberá a dispensa ou a inexigibilidade de licitação, tornando-a dispensada, dispensável e inexigível.

3.2 DISPENSA E INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

O ordenamento constitucional brasileiro estabelece como norma obrigatoriedade de licitação, contudo, e alguns casos, tornou a liberdade de licitação uma exceção. Assim, a realização do procedimento licitatório torna-se ato administrativo discricionário diante das hipóteses de dispensa e inexigibilidade, ou seja, o ato discricionário visa alcançar a solução mais adequada para satisfazer à finalidade legal da licitação.

Conforme Araújo (2012, p. 532): “[...] há certos casos em que certa liberdade não pode ser afastada mesmo para a Administração, em função do objeto, pessoas e circunstâncias do que se pretende contratar, estabelecendo o ordenamento exceções à obrigatoriedade de licitar”. Dessa forma, as hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação são tratadas respectivamente nos arts. 24 e 25 da Lei 8.666/93, os quais trazem um rol de situações em que a regra de licitar não será aplicada.

No tocante à dispensa, em regra, a Constituição Federal de 1988 estabelece no seu art. 37, inciso XXI, que as contratações de obras e serviços no setor público devem resultar da adoção do procedimento licitatório. Contudo, há casos particulares que dispensa o processo licitatório.

Justen Filho esclarece a necessidade de dispensa nos seguintes termos:

A dispensa de licitação verifica-se em situações em que, embora viável competição entre particulares, a licitação afigura-se objetivamente inconveniente com os valores norteadores da atividade administrativa. Toda licitação envolve uma relação de custos e benefícios. Há custos econômicos propriamente ditos, derivados do cumprimento dos atos materiais da licitação (publicação pela imprensa, realização de testes laboratoriais etc.) e da alocação de pessoal. Há custos de tempo, referentes à demora para desenvolvimento dos atos da licitação. Podem existir outras espécies de custos, a serem examinadas caso a caso. Em contrapartida, a licitação produz benefícios para a Administração. Esses benefícios consistem em que a Administração efetivará (em tese) contratação mais vantajosa do que realizaria se licitação não tivesse existido. Muitas vezes, sabe-se de antemão que a relação custo-benefício será desequilibrada. Os custos necessários à licitação ultrapassarão benefícios que dela poderão advir. Logo, o procedimento licitatório acarretará o sacrifício dos interesses coletivos e supraindividuais. Impõe-se a contratação direta porque a licitação é dispensável (JUSTEN FILHO, 2012, p. 289).

No sentido de evitar o arbítrio, o inciso XIII do art. 24 da Lei de Licitações, estabelece as hipóteses em que a licitação pode ser dispensada, dentre estas se encontram:

Contratação de instituição brasileira, sem fins lucrativos, de inquestionável reputação ético-profissional, incumbida regimental ou estatutariamente do ensino, pesquisa, desenvolvimento institucional ou dedicada a recuperação social do preso, o qual deverá manter nexos causal com o objeto da contratação e desde que não haja outras instituições igualmente aptas a executarem o objeto, caso não preencha tais requisitos, não há de se falar em dispensa.

Bandeira de Mello, ao tratar da dispensa de licitação preceitua que; “Em tese, a dispensa contempla hipóteses em que a licitação seria possível; entretanto, razões de tomo justificam que se deixe de efetuar-la em nome de outros interesses públicos que merecem acolhida” (MELLO, 2013, p. 554).

Cabe ressaltar que em todos os casos apresentados na Lei 8.666/93, existem dois aspectos a serem considerados, conforme preleciona Carvalho Filho (2013),

sendo estes a excepcionalidade destas hipóteses de dispensa, por fugirem à regra geral, e a taxatividade das hipóteses ali elencadas, o que não possibilita ao administrador ampliá-las.

Por sua vez, Di Pietro (2013) classifica as hipóteses de dispensa em quatro categorias, sendo elas: em razão do pequeno valor; em razão de situações excepcionais; em razão do objeto; e em razão da pessoa. Esta classificação abarca todas as hipóteses de dispensa previstas no art. 24 da Lei 8.666/93. Logo, “os casos legais, são os únicos cuja dispensa de licitação o legislador considerou mais conveniente ao interesse da Administração Pública” (CARVALHO FILHO, 2013, p. 473).

Para os casos de dispensa, salienta Prado (2012, p. 21) aduz que:

[...] a Administração Pública deve justificar detalhadamente os motivos que levam a abdicar do certame, com ênfase na decisão pela escolha do contratante e dos preços acordados, assim como o seu grau de urgência e necessidade quanto à execução do objeto contratado.

Observa-se a importância de esclarecer, dentro da legalidade, as razões da dispensa da licitação, sob pena de serem julgadas irregulares tais contratações, uma vez que a dispensa, não é a única possibilidade oferecida a toda forma de contratação administrativa.

Zimmer Júnior (2012) explica que a regra principal não pode ser esquecida ou desconsiderada, ou seja, licitar; todavia, a exceção é a possibilidade de dispensa, contanto que a motivação demonstre a finalidade do ato: a realização do interesse público.

Esse autor destaca a necessidade de diferenciar licitação dispensável (Lei 8.666/93, art. 24) e a licitação dispensada (Lei 8.666/93, art. 17). A primeira refere-se à possibilidade de realizar uma disputa entre os diferentes interessados, o que só irá ocorrer por razões de conveniência, como também, desinteresse ou desqualificação dos administrados. A segunda, não é possível licitar por não haver possibilidade de recorrer a escolhas quando o outro contratante já está definido e uma eventual disputada prejudicará a realização o interesse público, a finalidade da norma, a referida lei, proíbe a disputa, nos de casos de dispensada (ZIMMER JÚNIOR, 2012).

Referente à inexigibilidade de licitação sua ocorrência dá-se quando “há impossibilidade jurídica de competição entre contratantes, que pela natureza

específica do negócio, quer pelos objetivos sociais visados pela Administração” (MEIRELLES, 2013, p. 306). Como diz Zimmer Júnior (2012) à impossibilidade material e jurídica da realização da licitação gera as hipóteses de inexigibilidade, especialmente, a inviabilidade de competição.

Alexandrino e Vicente Paulo (2012) clarificam o entendimento sobre a ocorrência e diferenças entre dispensa e inexigibilidade de licitação. Na primeira, há dispensa quando existe a possibilidade de competição, mas a lei dispensa ou permite que seja dispensada a licitação. Na segunda, há inexigibilidade quando a licitação é juridicamente impraticável, decorrente da impossibilidade de haver competição, em virtude da inexistência de pluralidade de possíveis proponentes.

Completa os autores quando a lei dispensa a licitação ocorre à licitação dispensada. Nela não haverá procedimento licitatório, pois a própria lei dispensou, sendo os casos a alienação de bens, ou de direitos sobre os bens, já os casos de inexigibilidade estão elencados no art. 25 da Lei 8.666/93 e referem-se a situações em que exista fornecedor exclusivo, atividades artísticas ou serviços técnicos especializados, a saber:

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

Verifica-se na análise de tal dispositivo legal, que as hipóteses previstas nos incisos são meramente exemplificativas, e a inexigibilidade de licitação é “caracterizada tal situação a decisão de não realizar o certame é vinculada, não restando alternativa à Administração senão a contratação direta” (LIBERAÇÃO, 2013, p.3). Todavia, é importante ressaltar que, a inexigibilidade de licitação será realizada

por intermédio da observação dos princípios que regem a Administração, visando escolher o contrato mais adequado e lucrativo à Administração.

Acrescenta Meirelles (2013, p. 306-307):

Em todos esses casos a licitação é inexigível em razão da impossibilidade jurídica de se instaurar competição entre eventuais interessados, pois não se pode pretender melhor proposta quando apenas um é proprietário do bem desejado pelo Poder Público ou reconhecidamente capaz de atender às exigências da Administração no que concerne à realização do objeto do contrato. Falta o pressuposto da licitação que é a competição.

Santos (2013, p. p.93) explica a viabilidade da inexigibilidade no processo licitatório conforme justificada “pelas hipóteses em que se verifica a impossibilidade jurídica da realização do certame, quer pela natureza do negócio envolvido, quer pelos objetivos sociais almejados pelo Poder Público”.

De acordo com a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, e Acórdão nº 994/2006 do Plenário e relator o Ministro Ubiratan Aguiar:

Identifica-se a necessidade, motiva-se a contratação, para, então, partir-se para a verificação da melhor forma de sua prestação. Ou seja, a decisão pela contratação direta, por inexigibilidade ou dispensa, é posterior a toda uma etapa preparatória que deve ser a mesma para qualquer caso. A impossibilidade ou a identificação da possibilidade da contratação direta, como a melhor opção para a administração, só surge após a etapa inicial de estudos. Como a regra geral é a licitação, a sua dispensa ou inexigibilidade configuram exceções. Como tal, portanto, não podem ser adotadas antes das pesquisas e estudos que permitam chegar a essa conclusão (LIBERAÇÃO, 2013, p.12).

Portanto, o que se observa é que as hipóteses de inexigibilidade de licitação se baseiam na impossibilidade de competição, essa não decorrendo somente da inexistência de diversos sujeitos ou objetos, como também do objeto a ser contratado.

Sobre essa questão comenta Liberação (2013, p.12):

Verifica-se que, inclusive nos casos de inexigibilidade de licitação devem ser observados todos os preceitos legais e constitucionais a fim de que seja efetuada a melhor contratação de forma a atender ao interesse público. Além disso, deverão ser observados todos os requisitos de habilitação e contratação, justificativa da contratação e do preço e disponibilidade de recursos. A justificativa do preço é necessária e essencial no procedimento de inexigibilidade de licitação, a fim de evitar o superfaturamento do preço, já que não poderá haver elevação dos preços simplesmente em razão da necessidade da Administração e da ausência de competidores. A composição do preço deverá ser demonstrada e compatível com o mercado.

Os procedimentos descritos devem estar alicerçados nos princípios e nas normas constitucionais, do contrário incorre a possibilidade de responder pela não observância dos preceitos legais.

Zimmer Júnior (2012) enfatiza que quaisquer dos casos de dispensa ou de inexigibilidade, quando comprovado o superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado ao erário público o fornecedor ou prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis (art. 25, da referida).

Por fim, pode-se dizer que, por ser construída a Administração Pública sobre dois pilares principiológicos; quais sejam: a supremacia do interesse público e a indisponibilidade do interesse público, não poderiam ser diferentes com relação aos processos licitatórios que a Administração Pública realiza. Por meio desses pilares, deve-se dar ênfase ao princípio isonomia, evitando-se procedimentos ilegais que priorizem situações que não são legalmente previstas.

Assim, para que seja realmente vista a funcionalidade das normas legais e os princípios da Administração Pública sedimenta-se, assim, a legislação nacional como um instrumento imprescindível e necessário para o combate à imoralidade e corrupção nos procedimentos licitatórios, buscando permanente uma sociedade mais justa, capaz de gerar nos cidadãos o fortalecimento da plena cidadania, e efetivação do Estado Democrático de Direito.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo trouxe uma análise sobre a contratação direta na Administração Pública, mostrando que a licitação é um procedimento administrativo, cuja finalidade é selecionar a melhor proposta, com base em critérios previamente definidos no instrumento convocatório que possibilitarão a celebração de um contrato com o proponente que oferecer as melhores e mais lucrativas condições.

Foi observado que a licitação é obrigatória; porém, há hipóteses em que a sua não-realização é mais favorável aos interesses da Administração Pública, conforme estabelece o artigo 24, da Lei de Licitações, o qual enfatiza as hipóteses em que é possível contratar sem licitação, como também é ressaltado o dever da Administração Pública justificar os motivos que a levaram a optar pela dispensa de licitação.

Haverá inexigibilidade quando a licitação é juridicamente impraticável, decorrente da impossibilidade de haver competição, em virtude da inexistência de pluralidade de possíveis proponentes. Haverá dispensa quando a lei assim o fizer, sendo os casos de dispensa, a alienação de bens, ou de direitos sobre os bens, já os casos de inexigibilidade estão elencados no art. 25 da Lei 8.666/93 e referem-se a situações em que exista fornecedor exclusivo, atividades artísticas ou serviços técnicos especializados. A lei também autoriza a Administração discricionariamente a deixar de realizar o processo licitatório, logo, tem-se a licitação dispensável. Nela a competição é possível, mas a Administração fará se for conveniente aos seus interesses.

As hipóteses de inexigibilidade de licitação se baseiam na impossibilidade de competição, essa não decorrendo somente da inexistência de diversos sujeitos ou objetos, como também do objeto a ser contratado.

Diante do que foi exposto neste estudo, verifica-se que o excesso de burocratização sempre foi um problema que norteia o processo licitatório e os contratos na Administração Pública. Contudo, é preciso considerar que na Administração Pública, o bem comum é sua finalidade primordial, por isso fica evidente a presença marcante dos princípios constitucionais nos processos licitatórios e na contratação direta, de tal forma que todo ato administrativo que não for praticado no interesse da coletividade deve considerado imoral.

Sendo assim, a moralidade administrativa deve fazer valer em sua conduta interna, os princípios que regem a atividade administrativa. Para tanto, o gestor público precisa desempenhar sua função pautado nos interesses da coletividade, cumprindo fielmente os preceitos legais visando os interesses do povo, e praticando os seus atos com qualidade, equidade, eficiência e moralidade.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. São Paulo: Método, 2012.

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Constituição Federal da República** (1988). São Paulo: Ridiel, 2005.

_____. **Lei de Licitação n.8.666/93**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666compilado.htm> Acesso em out 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013.

DEZEN JÚNIOR, Gabriel. **Teoria constitucional**. São Paulo: Vestcon, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal Pedro. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Dialética, 2012.

LIBERAÇÃO, Elisângela da. Inexigibilidade de licitação. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 118, nov. 2013. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13820>. Acesso em out 2015.

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

MEIRELES, Hely Lopes. **Direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2013.

PRADO, Evandro José da Silva. **Dispensa de licitação para contratação de instituição sem fins lucrativos**. 2012. Disponível em <<http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/handle/2011/18376>> Acesso em 05/09/ 2015.

SANTOS, Lucimar Rizzo Lopes dos. **Fiscalização de contratos**. Brasília: ENAP/DDG, 2013.

SILVA, Elisa Maria Nunes da. Contratação direta na administração pública. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 84, jan 2012. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8877>. Acesso em set 2015.

ZIMMER JÚNIOR, Aloísio. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Método, 2012.

THE NEED PROPER APPLICATION TO SUPPLY OF CASES AND BIDDING PROCESS IN INEXIBILIDADE

This study deals with the bidding process and the controversies about the chances of his release and waiver, as established by the Public Procurement Law the cases in which it is possible to contract without bidding. Theoretical analysis starts from the premise that although the bid is a practice of public administration, there are cases where their non-realization is more favorable to the interests of the public administration. Thus, the mandatory bid is the rule, however, there are some cases that will fit the exemption or waiver of bidding, making it waived unnecessary and unenforceable. The approach used for this study was a literature search, using as sources works, articles and periodicals dealing with the issue, with an emphasis on digital databases. The study revealed that for which the contract without bidding is essential that this detail justifies the goals, steps, time required for completion, expected investment results and the reasons for choosing the performing company, among other things, without, however, losing sight the principles governing public management to the collective good, so that every administrative act that is not in use in the interest of the community is considered immoral.

Keywords: Public Administration. Dismissal and unenforceability. Bid.